

Roj: STS 5380/2012
Id Cendoj: 28079130052012100489
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 5
Nº de Recurso: 1213/2010
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: MARIA DEL PILAR TESO GAMELLA
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a nueve de Julio de dos mil doce.

Visto por la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 1213/2010 interpuesto por el Abogado del Estado, en representación y defensa de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de **Tenerife**, y por la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias, en la representación que legalmente ostenta, contra el Auto de 3 de marzo de 2009 , confirmado en suplica por el de 15 de junio siguiente, dictados ambos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso contencioso administrativo nº 66/2009, sobre aprobación del catálogo de especies protegidas.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida el Abogado del Estado en la representación que legalmente le corresponde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- En la pieza separada de suspensión del recurso contencioso-administrativo, la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias dicta Auto de 3 de marzo de 2009 , que acuerda lo siguiente:

<<Estimar la pretensión de tutela cautelar formulada por el Procurador D. José Lorenzo Hernández Peñate, en nombre y representación de la Federación Ecologista Ben Magec, Ecologistas en Acción, y, en consecuencia, mantener la medida cautelar de suspensión de la vigencia de la Orden de 2 de febrero de 2.009, mencionada en el Antecedente Primero.>>.

Contra este auto, que acuerda la medida cautelar de suspensión, se interpuso, por las dos partes ahora recurrentes, los correspondientes recursos de súplica que fueron desestimados mediante Auto de 15 de junio de 2009.

SEGUNDO.- Contra las indicadas resoluciones, la Autoridad Portuaria y la Comunidad Autónoma de Canarias interponen recurso de casación, solicitando que se declare haber lugar al recurso y se casen los autos. Igualmente se deniegue la medida cautelar o, subsidiariamente, se sujete a la prestación de caución.

TERCERO.- Mediante auto de esta Sala, de 15 de septiembre de 2010 , se declaró desierto el recurso interpuesto por la representación procesal de "Compañía Transportista de Gas de Canarias, S.A."

CUARTO .- Igualmente se declaró la inadmisión, por auto de 14 de julio de 2011, del recurso de casación del recurso interpuesto por "Unión Eléctrica de Canarias Generación, S.A.U."

QUINTO .- La parte recurrida, el Abogado del Estado, no se opone a los recursos de casación interpuestos.

SEXTO.- Acordado señalar día para la votación y fallo, fue fijado a tal fin el día 4 de julio de 2012, en cuya fecha ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Maria del Pilar Teso Gamella, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La resolución cautelar que se impugna en casación acordó mantener la suspensión que se había acordado con carácter urgente en aplicación del artículo 135 de la LJCA , de la Orden del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias, de 2 de febrero de 2009, que excluyó del Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias a la población " *Cymodocea Nodosa* " en la superficie marina comprendida entre la línea que va desde la "Punta del Tanque del Vidrio", con dirección SE y la línea que parte desde "Punta de los Tarajales", con dirección SE, en el término municipal de Granadilla de Abona (**Tenerife**).

Mediante Resolución de 3 de marzo de 2009 la Sala de instancia acuerda mantener la medida cautelar fundada en las siguientes razones. De un lado, señala que *<<(...) con los elementos que tenemos a nuestra disposición en este momento procesal, es esa falta de prueba de que la descatalogación no suponga un verdadero peligro para la especie del que se hacen eco tanto la entidad actora como las distintas alegaciones en el curso del procedimiento, sin que el informe que justifica la descatalogación ofrezca esa garantía de que la decisión de mantener la ejecutividad de la Orden sea la mas acertada, por lo que en este contexto, nos inclinamos por mantener la medida cautelar aun siendo conscientes de que con ello también se producirán importantes perjuicios de todo tipo que, con ser de suma relevancia, lo cual es un hecho incuestionable que acepta esta Sala, consideramos que no puede prevalecer sobre el riesgo de daños al medioambiente, entendido como conjunto de condiciones que permiten la existencia y reproducción de la vida, en relación aquí con el habitat marino, la población de cymodocea nodosa del área y la propia especie, sin que la propia Comunidad Autónoma, que dice que se han adoptado medidas compensatorias, defienda, en su propia valoración de los intereses enfrentados, que los que representa la obra pública sean superiores al de protección de los sebales y de la propia especie, a lo que también se refiere el informe del Servicio de Biodiversidad cuando dice que "... no es la protección del habitat lo que se dilucida en el expediente objeto de alegación, sino la protección de la especie..", y dicha protección solo puede ser efectiva en cada lugar de localización, o, en palabras del mismo informe: "Desde el punto de vista de la especie, lo que esta protegido es cada planta de seba, esté donde esté. Está tan protegida una sola planta de seba aislada en 1 Km2, como miles de planta en la misma superficie". (...) Las conclusiones son elocuentes de la realidad del peligro que nos lleva a la decisión de mantener la medida cautelar>>* .

Añadiendo, respecto de la prestación de fianza por los daños derivados de la adopción de la medida cautelar, que *<<exigir una fianza (...) supondría gravar a la entidad actora con las consecuencias derivadas de un proceso en el que la acción ejercitada y la pretensión procesal, en defensa de los intereses colectivos que representa la Federación, no se dirige a paralizar una obra pública sino a que se anule y deje sin efecto una Orden Departamental de descatalogación en una determinada área de una especie protegida, sin perjuicio de la íntima relación o conexión que existe entre esa obra y los motivos que dan lugar a la solicitud de la medida cautelar. (...) El peligro del año irreversible al ecosistema marino no es cuantificable a efectos de poder ponderar la fijación de fianza o caución, por lo que consideramos que, en este caso concreto, debe otorgarse la tutela cautelar de forma incondicionada >>*.

SEGUNDO .- El recurso de casación se sustenta sobre los siguientes motivos, que relacionamos diferenciando las dos partes recurrentes.

A) La casación interpuesta por la Autoridad Portuaria se estructura sobre tres motivos, todos invocados por el artículo 88.1.d) de la LJCA .

El primero denuncia la lesión de los artículos 130.1 de la LJCA y 9.3 de la CE , porque se adopta la medida cautelar sin tener en cuenta si la ejecución o no del acto administrativo impugnado hace perder al recurso su finalidad legítima.

El segundo reprocha a la Sala de instancia la vulneración del artículo 130.2 de la LJCA , porque se adopta la medida cautelar sin valorar los intereses públicos que debían haber determinado la denegación de la suspensión.

El tercer motivo aduce que se ha infringido el artículo 133.1 de la LJCA porque se adopta la medida cautelar, sin haber exigido caución o garantía para responder de los perjuicios por su adopción.

B) La casación que formula la Comunidad Autónoma de Canarias se vertebra en torno a un único motivo en el que, por el cauce del artículo 88.1.d) de la LJCA , alega que los autos impugnados vulneran el artículo 130 de la LJCA porque hacen una errónea valoración de los intereses en conflicto y del carácter irreversible de los daños. Además, aduce que se ha prescindido del examen del " *periculum in mora* " que es el criterio establecido por el artículo 130 de la LJCA , para acordar la suspensión cautelar del acto recurrido.

TERCERO .- El examen de los motivos en torno a los que se articula esta casación, exigen que comencemos señalando, con carácter general, que las medidas cautelares están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación del mismo.

Dicho en términos legales, las medidas pretenden " *asegurar la efectividad de la sentencia* " (artículo 129 de la LJCA). Con tal propósito, el riesgo derivado de la duración del proceso, el " *periculum in mora* ", se erige, en el artículo 130 de la citada Ley Jurisdiccional , como uno de los presupuestos esenciales para la adopción de la medida cautelar, al tener que tomar en consideración, en la decisión cautelar, que " *la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso* ". La suspensión, por tanto, intenta salvaguardar que la futura sentencia pueda ser cumplida, y que su pronunciamiento tenga un efecto útil, soslayando que se produzcan situaciones irreversibles.

El criterio de la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, por su parte, es, en este sentido, complementario de la pérdida de la finalidad legítima del recurso, como reiteradamente venimos señalando.

En definitiva, la decisión cautelar ha de ponderar la medida en que el interés público demanda la ejecución, para adoptar la suspensión en función de la intensidad de los intereses públicos concurrentes. Esta operación jurídica en virtud de la cual se valoran, sopesan y ponderan los intereses en juego comprende tanto los intereses públicos como los de carácter privado, así como el contraste entre los diversos intereses públicos concurrentes.

La medida cautelar ha de asentarse, en consecuencia, en el resultado de dicha valoración de los intereses en conflicto, como dispone el artículo 130.1 de la LJCA que exige para su adopción la " *previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto* ".

CUARTO.- Acorde con las elementales consideraciones expuestas en el fundamento anterior, debemos adelantar que la resolución que acuerda la suspensión cautelar, que ahora se impugna, debe ser confirmada.

La cuestión que se suscita en los motivos de casación alegados, por ambas Administraciones recurrentes, se centra en determinar, en síntesis, si la ratificación de la suspensión acordada por la Sala de instancia, al amparo del artículo 135 de la LJCA , con carácter urgente e " *inaudita parte* ", ha vulnerado, o no, las normas previstas en los artículos 130 y 133 de la LJCA .

Esta cuestión central, o el común denominador de los motivos que vertebran esta casación, tiene, además, las siguientes derivaciones o variantes específicas. Se trata de determinar qué efecto tendría la ejecución del acto administrativo recurrido en la instancia --la exclusión de esta especie del catálogo de especies protegidas--, si el cumplimiento de la orden recurrida frustraría o no la finalidad del recurso --es el denominado " *periculum in mora* "--, y qué tipo de intereses están en colisión --los únicos afectados son intereses públicos aunque de diferente naturaleza--. En definitiva, por tanto, se trata de determinar si el auto que se recurre se ajusta a los criterios que, para la adopción de la cautela, prevé nuestra Ley Jurisdiccional, como hemos señalado en el fundamento anterior.

Las siguientes razones avalan la conclusión de no haber lugar al recurso de casación que antes adelantamos.

En primer lugar , la descatalogación de la especie protegida " *Cymodocea Nodosa* " ha obedecido, más que a razones exclusivamente medioambientales que ahora aconsejaran desproteger lo que antes estaba protegido, a la necesidad de suprimir los obstáculos ambientales que impedían iniciar las obras de construcción de un nuevo puerto en el litoral de Granadilla de Abona (**Tenerife**). Esta obra pública se construye como ampliación de la infraestructura portuaria del Puerto de **Tenerife**, y que tiene una indudable trascendencia económica para la zona.

Avala dicha conclusión que fue, precisamente, la Autoridad Portuaria, ahora recurrente, quien solicitó la exclusión de dicha especie del catálogo de las protegidas.

En segundo lugar , nos encontramos, al realizar la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, ante un enfrentamiento de dos tipos de intereses públicos. De un lado, el que subyace en la realización de una obra pública, pues se trata de un puerto de interés general que constituye una infraestructura básica, y que es un elemento vertebrador de la denominada Plataforma Logística del Sur, que prevé la instalación de una planta regasificadora para la reducción de la producción de centrales térmicas de **Tenerife** y reducir la emisiones de CO2. De manera que no puede desconocerse que estamos no sólo ante el interés

general de carácter económico, sino que también incluye un interés medioambiental sobre la mejora de la política energética.

Y de otro, se encuentra la protección medioambiental que ha de preservar la indicada especie, "*Cymodocea Nodosa*", que consiste en praderas marinas, pradera de fanerógamas, también denominadas sebadales. Esta especie ejerce una función ecológica relevante en aspectos relativos al transporte de oxígeno, el consumo de CO₂ y la transferencia de nutrientes de otros niveles de la red trófica submarina, como señala el informe del Servicio de Biodiversidad.

En el contraste y valoración de ambos intereses públicos, medio ambiental y económico, ha de dar prevalencia al primero, porque si no se suspende el acto de exclusión del catálogo de especies protegidas, el resultado es, en todo caso, irremediable, pues la construcción del puerto comportaría la destrucción de ese sebadal. Mientras que si se suspende dicha descatalogación, como ha sucedido, tan sólo debe esperarse a la resolución del recurso, en su caso, para iniciar o continuar con las obras del puerto.

En tercer lugar, en fin, la *reversibilidad o irreversibilidad* del daño que se deriva de la ejecución del acto impugnado en la instancia, es decir, de la descatalogación de la especie. Cuestión que está en directa relación con la pérdida de finalidad del recurso contencioso administrativo ("*periculum in mora*"), con evidente repercusión sobre la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, en los términos que ya hemos apuntado.

Dicho de otro modo, se debe suspender tal exclusión en el catálogo, y por tanto, considerar que sigue incluida la especie como protegida, cuando se sabe que el daño será definitivo, como en este caso sucede, debido a la realización de la obra pública proyectada, el puerto, que acarreará, con toda seguridad, la desaparición de la especie en esa zona con incidencia sobre su existencia en el propio archipiélago. Esta destrucción de la especie en dicha zona configura el carácter prevalente, al que antes aludimos y ahora insistimos, del interés medioambiental que ha de ser preservado.

La resolución ahora recurrida responde, en este sentido, a dicha cuestión señalando que tal exclusión y la consiguiente realización de la obra pública compromete la existencia de esta especie en el tramo del litoral de Granadilla, al quedar sepultada por las obras de construcción del puerto.

QUINTO .- Las razones expuestas sobre la vinculación de la desclasificación a la realización del puerto, sobre la grave afectación que para el sebadal existente en la zona y en el archipiélago se deriva de la descatalogación impugnada en la instancia y, sobre todo, de la posterior construcción del puerto, la prevalencia del interés medioambiental sobre la realización de una obra pública y, en fin, el carácter irreversible del daño que se ocasiona a la especie hasta entonces protegida, en caso de no suspenderse la orden que excluye del catálogo a la especie "*Cymodocea nodosa*", nos llevan a concluir que la resolución que se impugna no puede ser casada, porque ha resuelto mantener la medida cautelar de conformidad con los criterios que establece el artículo 130 de la LJCA .

En efecto, el auto impugnado, respecto de las razones que hemos expuesto en el fundamento anterior y concretamente en lo atinente a la ponderación de intereses en conflicto, declara que el interés económico que subyace para la construcción del puerto, de "*trascendencia socioeconómica*", no puede desconocer "*el interés que subyace en la protección del medio ambiente unido al patrimonio cultural y a la biodiversidad*" (razonamiento quinto "*in fine*"). Lo que unido a la abundancia de alegaciones, más de trescientas, presentadas en periodo de información pública, que se manifiestan en contra de la descatalogación realizada por la orden cuya ejecutividad se suspende, conducen a la Sala a ratificar la suspensión que antes había adoptado con carácter urgente.

Si las medidas cautelares, en definitiva, están concebidas para asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, que tenga un efecto útil, evitando que el transcurso del tiempo ponga en peligro el cumplimiento de la resolución de terminación del mismo, lo cierto es que ningún efecto útil tendrá la sentencia que recaiga si ya ha desaparecido la "*Cymodocea nodosa*" de la zona de Granadilla de Abona. En caso contrario, no se habría asegurado, como exige el artículo 129 de la LJCA "*la efectividad de la sentencia*".

No procede, por tanto, denegar la medida cautelar de suspensión en un caso como el examinado, pues carece de sentido que la sentencia se pronuncie sobre la inclusión, o no, en un catálogo de protección de una especie en una zona de la que ya ha desaparecido.

SEXTO .- Cuanto señalamos viene avalado por nuestra propia jurisprudencia. Así hemos declarado que cuando se trata de realizar la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, del tan citado artículo

130.1 de la LJCA , tiene carácter prevalente el interés medioambiental. Es el caso de las tres sentencias que a continuación mencionamos.

La Sentencia de 23 de julio de 2009 (recurso de casación nº 5910/2007) señala, respecto de la confrontación de los intereses urbanísticos y los medioambientales, que <<en la ponderación de los intereses en conflicto, el público representado en la protección del medio ambiente y en la defensa de un desarrollo sostenible, sobre el económico de una nueva urbanización residencial de iniciativa privada, como ya indicamos en las recientes sentencias de 30 de marzo de 2009 -RC 790/2008 - y 18 de diciembre de 2008 -RC 3743/2007 -, entre otras. Más aún en los casos -como éste- en los que la parte que pide la suspensión cautelar es precisamente la Administración pública supramunicipal encargada de tutelar el cumplimiento de la legalidad medioambiental y urbanística (sentencia de 18 de julio de 2002 -RC 7593/2000 -). [...] En el caso ahora examinado, frente al riesgo de destrucción irreparable de valores medioambientales, de calidad urbana y de sostenibilidad, esgrimido por la Junta de Andalucía para solicitar la suspensión cautelar, en los recursos de casación no se concreta ni justifica la existencia de otro **interés prevalente** , municipal o particular, que obligue a ejecutar el mentado Plan Parcial antes de la finalización del litigio >>.

La Sentencia de 29 de enero de 2010 (recurso de casación nº 5877/2008) declara, al contrastar los mismos tipos de intereses urbanístico y medioambientales, que << debemos añadir que el interés público que protege el Administración autonómica recurrente es la defensa del medio ambiente que precisa de una evaluación ambiental previa a la aprobación de los planes impugnados en el recurso contencioso administrativo; mientras que el interés público que ampara el Ayuntamiento recurrido en la ejecutividad de los planes de ordenación aprobados en los que está latente el interés general de la no suspensión de las disposiciones de carácter general, y concretamente en el ámbito urbanístico a ejecutar lo proyectado. (..) La confrontación de los intereses públicos enfrentados nos lleva a estimar el presente recurso de casación porque el **interés medioambiental resulta prevalente** , en un caso como el examinado en el que no tienen una presencia potente los intereses públicos de índole local alegados >>.

Y, en fin, la Sentencia de 21 de octubre de 2010 (recurso de casación nº . 3110 / 2009), al confrontar los intereses económicos derivados de la ejecución de las obras del puerto y los ambientales, declara que << Pues bien, como hemos expuesto, la existencia de tales datos, contrastados y variados, nos mueven de forma irremisible a adoptar la medida cautelar solicitada, al no contar, como elemento de contraste, con una evaluación medioambiental de la zona, la cual, si bien ahora no podemos pronunciarnos sobre su procedencia legal, sí que nos permite valorar de forma **prevalente los intereses medioambientales** a los que se hace referencia desde distintas perspectivas, y que podían haber sido desvirtuados con la previa realización de la misma; ante tal situación, la irreversibilidad de las obras a realizar nos conduce a tal decisión >>.

SÉPTIMO .- Por lo demás, la infracción del artículo 133 de la LJCA , que alega la Autoridad Portuaria, tampoco puede prosperar en atención a las razones que seguidamente exponemos.

La caución o garantía sólo debe imponerse, al tiempo de acordar la medida cautelar de suspensión, cuando de dicha medida pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, según indica el citado artículo 133.1 de la LJCA , y el mantenimiento de la catalogación de una especie como protegida, que es lo que se produce al suspender la descatalogación impugnada en la instancia, no produce perjuicios que puedan ser cuantificables para la fijación de una caución o garantía. La apreciación del impacto ambiental y de las repercusiones sobre el ecosistema en la costa no puede tener una traducción económica en los términos que se postula.

Y, por otro lado, la valoración de los perjuicios, y la consiguiente cuantificación, a los efectos de la fijación de la contracautela, se derivan no de la catalogación o no de la especie " *Cymodocea nodosa* ", sino de la paralización del inicio de las obras del puerto que produce, como efecto inmediato, la suspensión cautelar de la descatalogación. Pues bien, esta cuestión afectaría a otro tipo de impugnación, aquella referida a la impugnación del proyecto de la obra pública en cuestión, en el que la suspensión de la ejecución del puerto podría ocasionar perjuicios que podrían dar lugar, en su caso, a la prestación de caución o garantía.

En definitiva, aunque resulta evidente la conexión directa que existe entre ambas cuestiones --la descalificación de la especie y la realización del puerto en Granadilla de Abona--, como se desprende de lo expuesto respecto de la adopción de la medida cautelar, sin embargo no pueden mezclarse, a los efectos ahora considerados de la fijación de la cautela, los perjuicios que se producirían de paralizarse la obra pública en el correspondiente procedimiento, de los que estrictamente se derivan de la descatalogación de la especie en esa zona que es el acto impugnado en el recurso contencioso administrativo.

OCTAVO .- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción se hace imposición de las costas procesales ocasionadas a las recurrentes.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que **no ha lugar** al recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado en nombre de la Autoridad Portuaria de Santa Cruz de **Tenerife**, y por la Letrada del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias contra el Auto de 3 de marzo de 2009, confirmado en suplica por el de 15 de junio siguiente, dictados ambos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, sede en Las Palmas de Gran Canaria, en el recurso contencioso administrativo nº 66/2009, y que acordó la suspensión de la resolución recurrida. Con imposición de las costas procesales ocasionadas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Voto Particular

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADA EXCMA. SRA. DÑA. M^a PILAR TESO GAMELLA, A LA SENTENCIA DE LA SECCIÓN QUINTA RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN Nº 1213/2010, AL QUE SE ADHIERE EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D.Rafael Fernandez Valverde

Con el debido respeto a la opinión mayoritaria de la Sala, Sección Quinta, debo expresar mi discrepancia con los fundamentos que llevan a la sentencia a declarar no haber lugar al recurso de casación.

Considero que debió declararse haber lugar al recurso y casar el auto que acordó ratificar la suspensión cautelar de la Orden del Consejero de Medio Ambiente y Ordenación Territorial del Gobierno de Canarias, de 2 de febrero de 2009, que excluyó del Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias a la población " *Cymodocea Nodosa* " en la superficie marina comprendida entre la línea que va desde la "Punta del Tanque del Vidrio", con dirección SE y la línea que parte desde "Punta de los Tarajales", con dirección SE, en el término municipal de Granadilla de Abona (**Tenerife**).

Las razones que debieron conducir a la Sala, a mi juicio, a dicha conclusión se expresan en los apartados siguientes. En el primero y segundo me referiré a un aspecto esencial y previo centrado en la vinculación entre la descatalogación y la realización de una obra pública. Y en el apartado tercero y los siguientes se realiza una valoración de intereses en conflicto, en relación con la pérdida de la finalidad del recurso, que debió, a mi juicio, contener la sentencia.

PRIMERO .- La conexión entre la exclusión de la especie " *Cymodocea Nodosa* " en la citada zona de Granadilla de Abona del Catálogo de Especies Amenazadas de Canarias y la construcción del puerto en dicha localidad es una conexión directa, manifiesta y determinante.

Es *directa* porque hay una coincidencia del espacio o zona que ocupa la pradera marina o sebadal y la franja afectada por la construcción del puerto. Es *manifiesta*, porque no ha habido ningún tipo de ocultación o disimulo sino que en la propia orden de exclusión, recurrida en la instancia y ahora suspendida, se expresa y constata dicha relación. Y, es *determinante*, porque su inclusión en el catálogo, o lo que es igual, la suspensión de la descatalogación, impide la construcción de la obra pública proyectada.

La propia orden, en el antecedente primero, señala que la exclusión se ha solicitado por la Autoridad Portuaria "ante las afecciones que sobre dicha población pudieran generar las obras del futuro Puerto de Granadilla", acompañando informe técnico- científico que avalaba tal exclusión del catálogo y que llevaba por título " *Valoración de la población de Cymodocea Nodosa afectada por el puerto de Granadilla en el contexto de Canarias [...]* " .

De manera que existe una vinculación inmediata e insoslayable entre una y otra actuación administrativa, es decir, entre la exclusión del catálogo de la indicada especie únicamente en esa zona y la realización de la obra pública.

SEGUNDO .- Esta conexión o vinculación directa entre la descatalogación y la obra pública no es desconocida tampoco por la sentencia mayoritaria ni por el auto impugnado, pues se refieren a la misma para destacar que, efectivamente, las razones medioambientales no han sido determinantes de la decisión de exclusión del catálogo, sino la realización de un puerto en Granadilla de Abona.

Pues bien, aún reconociendo la sentencia que esto es así no extrae de dicha interconexión todas las consecuencias que lleva aparejadas. Si dicha conexión es relevante para valorar los intereses en conflicto, ex artículo 130.1 de la LJCA, por el peligro que supone la construcción del puerto, se desconoce por qué no resulta relevante para la fijación de caución o garantía (artículo 133.1 de la LJCA) ante la imposibilidad de llevar a cabo tales obras. Dicho de otro modo, si los intereses en conflicto se concretan en los derivados de la protección ambiental (para no suspender la descatalogación) y en los de carácter económico (para no suspender la construcción de la obra pública), no se entiende por qué no se fija la caución o garantía correspondiente cuando la decisión comporta el veto o la paralización de una obra pública de tal naturaleza.

La suspensión de la ejecución de la orden que excluye del catálogo a dicho hábitat, en este sentido, no crea ningún perjuicio inmediato, si no fuera porque está prevista, precisamente, la construcción del puerto. De modo que si no estuviera proyectada tal obra pública, la suspensión de la ejecución de la descatalogación no sería necesaria.

El vínculo entre ambas actuaciones, como se ve, está tan ensamblado que la activación de uno supone la paralización del otro, y al contrario. Por ello ambas realidades no pueden relacionarse sólo a unos efectos y desentenderse para lo demás.

TERCERO .- El enjuiciamiento de la sentencia sobre la frustración de la finalidad del recurso y sobre la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto, según mi modesto entender, no ha sido realizada conforme a los presupuestos que exige el artículo 130 de la LJCA .

Considero que no se han valorado de modo casuístico y pormenorizado los intereses en conflicto, sobre todo los intereses públicos concernidos por la adopción de la cautela. Y, desde luego, no puedo compartir una decisión cautelar que se basa, esencialmente, en un criterio cuantitativo de las alegaciones presentadas, más de trescientas, en la información pública.

Ciertamente las medidas cautelares suponen siempre un juicio adelantado y provisional que trata de determinar sobre quién han de recaer los efectos derivados de la duración del proceso. Por ello, y sin perjuicio de la cuestión de fondo del recurso relativa a si el informe técnico-científico aportado (realizado por el Centro de Investigaciones Marinas de Canarias) reunía, o no, las condiciones previstas legal o reglamentariamente, lo cierto es que no se podía prescindir, al tiempo de valorar los intereses en conflicto, de su contenido.

Por tanto, creo que debió tenerse en cuenta que la afectación de la especie *Cymodocea nodosa* , en Granadilla de Abona, como consecuencia de la construcción del puerto no comporta amenaza ni peligro alguno para la existencia de dichas praderas marinas en Canarias. Es más, la descatalogación en esa zona es inferior al 2% de los sebedales existentes en Canarias, que la Comunidad Autónoma cifra en 1,26% el concreto sebedal afectado por las obras del puerto.

Desde luego reconociendo que la citada especie, en general, tiene un gran valor ecológico por su rica biodiversidad respecto de los ecosistemas submarinos en Canarias, la importancia de este concreto hábitat no resulta decisiva ni para el mantenimiento de la especie, ni su afectación por las obras del puerto supone amenaza alguna al respecto. Sobre todo si reparamos que la propia orden, cuya ejecución se encuentra suspendida, en los apartados 2 y 3 de la parte dispositiva, acuerda mantener la protección de la especie en el resto del archipiélago --la exclusión se refiere sólo al hábitat de Granadilla-- e iniciar los estudios precisos para la ampliación de los hábitats existentes. Es decir, se prevé la compensación por el que resultará afectado por la obras del puerto.

El interés ambiental, por tanto, ha de ser concretado y acotado en los términos que acabamos de exponer. La variable medioambiental no es siempre igual en todos los casos, sino que debe determinarse su vigor e intensidad en cada supuesto.

CUARTO .- El interés público, por su parte, demandaba que no se suspendiera la orden que acuerda la exclusión de ese concreto sebedal, porque ello constituye un impedimento insoslayable para la construcción del puerto en Granadilla de Abona.

Los intereses generales que refiere el artículo 130.1 de la LJCA , y específicamente la prohibición de acordar la medida cuando, de modo directo e indirecto, se pueda seguir una perturbación grave de los intereses generales (artículo 130.2 de la LJCA), es, desde mi punto de vista, la principal carencia de la valoración circunstanciada que realiza el auto recurrido y la sentencia mayoritaria.

Así es, debió tenerse en cuenta que se trataba de realizar una obra pública como es la ampliación de la infraestructura portuaria del Puerto de **Tenerife**, que tiene una incuestionable trascendencia económica

para la isla. Estamos ante la construcción de un puerto de " *interés público de primer orden* ", que ha sido evaluado ambientalmente mediante Resolución de 5 de febrero de 2003, y en la misma se adoptaron las medidas correctoras que pudieran afectar al sebadal afectado y al LIC " *Sebadales del Sur de Tenerife* ". Se realizó, igualmente, estudio de impacto ambiental y de alternativas al proyecto. Y, en fin, cuenta con el aval de la Unión Europea, mediante el Dictamen de la Comisión Europea de 6/XI/2006, que ha considerado la obra necesaria por " *razones imperiosas de interés público de primer orden* ".

El citado Dictamen de la Comisión ha previsto medidas compensatorias por los efectos negativos de las obras del puerto y declara dos nuevos LIC, para albergar tal hábitat en otros dos lugares de Canarias. Concretamente uno en Antequera (**Tenerife**) y el otro en Güi Güi (Gran Canaria).

Se trata de un puerto de interés general, ex artículo 5 de la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, que constituye el eje central de la denominada Plataforma Logística del Sur. En dicho entorno del puerto se prevé, además, la instalación de una planta regasificadora para la reducción de la producción de centrales térmicas de **Tenerife** y reducir, de ese modo, las emisiones de CO₂.

La intensidad del interés público, por tanto, resulta palmaria, pues se produce una perturbación grave directamente derivada de la suspensión de la descatalogación del citado sebadal.

QUINTO .- La descripción del interés medioambiental (apartado tercero) y del interés público (apartado cuarto) revela la relativa intensidad del primero, en contraste la potente presencia del interés público.

Los intereses nada desdeñables, de carácter económico, estratégico, social y energético, que laten tras la construcción de la obra pública proyectada, se ven incrementados, además, por el interés ambiental en la medida, como hemos visto, que contribuye a una política energética menos contaminante.

Por el contrario, el perjuicio para el sebadal existente en Granadilla ni supone amenaza para la especie por no alcanzar el 2% de la existente en Canarias, que además se verá compensada por las medidas ambientales antes expuestas, como es, v.gr., la declaración de dos nuevos LIC para albergar tal hábitat en otros dos lugares, en Antequera (**Tenerife**) y en Güi Güi (Gran Canaria).

Nos encontramos, desde luego, ante un interés ambiental indudable, legítimamente defendible como todos los de tal naturaleza, pero que ha de acotarse en sus justos términos. No todos los intereses medioambientales son iguales, pues no aparecen ni con la misma importancia ni con igual intensidad. Ni tampoco puede resolverse una solicitud de suspensión cautelar apostando siempre por el interés ambiental, prescindiendo de su específica caracterización y del vigor que reviste en cada caso concreto.

El sacrificio ambiental, a estos efectos, resulta de menor intensidad si se compara con el progreso y desarrollo que comporta para la sociedad la realización de la mentada obra pública.

Ni siquiera es posible acudir con cierto grado de certeza, como hace la sentencia mayoritaria, a la jurisprudencia, pues las sentencias que se citan en el fundamento sexto de la misma no se pronuncian sobre un asunto similar al examinado. Baste señalar, sin extenderme en detalles, que en dos de dichas sentencias se enfrenta un interés propio del desarrollo urbanístico con un interés medioambiental relevante y en la otra sentencia se trata también del interés ambiental respecto de unas obras en un puerto que no guardan relación alguna con las proyectadas en este caso.

Al tiempo de adoptar una medida cautelar no se trata de contestar con un "sí" o un "no" a la protección del medio ambiente, estar a favor o en contra, para apostar siempre por la suspensión ante la invocación del más mínimo perjuicio al medio ambiente, sino de determinar minuciosamente los intereses en conflicto, su intensidad, y la naturaleza de los efectos que ocasiona la ejecución del acto o la adopción de la cautela.

Soy consciente de la mezcla entre la ejecutividad de la descatalogación y de la obra pública, pero, como comencé señalando, la indisoluble conexión entre ambos lo es a todos los efectos. Su unión está tan enlazada que la activación de uno supone la paralización del otro, y al contrario. Y esa conexión se establece en la propia sentencia de la que discrepo para valorar los perjuicios ambientales que puede ocasionar la construcción del puerto, pero no para hacer lo propio con los perjuicios derivados de la no realización de dicha obra pública.

Puestos a separar ambas realidades bien podría sostenerse que ningún perjuicio real, inmediato y conocido, que no pueda esperar a la resolución del recurso, se derivaría de la mera ejecución de la descatalogación.

SEXTO .- Además, la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial.

Esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia, según se deduce del artículo 130 de la LCJA.

Pues bien, si esto es así, lo cierto es que en este caso ese aseguramiento de la efectividad del pronunciamiento futuro supone dejar sin contenido la tutela cautelar que, en su caso, pudiera instarse y adoptarse en una eventual impugnación de la construcción del puerto, pues si el sebadal de Granadilla sigue protegido, por mandato de la medida cautelar ahora confirmada por la sentencia mayoritaria, en ese otro procedimiento dicha pieza separada carecería de contenido y objeto, pues la obra del puerto, en todo caso, estará suspendida por obra y mandato de lo ahora acordado por la mayoría.

En consecuencia, debió declararse haber lugar a la casación, casar el auto impugnado y denegar la medida cautelar solicitada.

En Madrid a 9 de julio de 2012

Fdo. Maria del Pilar Teso Gamella Fdo. Rafael Fernandez Valverde

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Excm. Sra. D^a Maria del Pilar Teso Gamella, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.